

LA PÉRDIDA EN LAS OBLIGACIONES DE DAR BIENES CIERTOS
Y LA TEORÍA DEL RIESGO

Felipe Osterling Parodi^{*}
Mario Castillo Freyre^{**}

SUMARIO:

1. ***Supuestos de pérdida de un bien cierto.***
2. ***La teoría del riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos.***
3. ***Presunción de pérdida o deterioro de un bien cierto.***
4. ***Pago del valor de bien cierto en caso de que la obligación provenga de delito o falta.***

1. ***Supuestos de pérdida de un bien cierto.***

El artículo 1137 del Código Civil Peruano de 1984 recoge varios supuestos según los cuales la ley considera que se pierde un bien cierto, a cuya entrega se ha obligado un deudor con su acreedor. Se entiende que la pérdida origina diversas consecuencias, desarrolladas más adelante, cuando estudiemos los supuestos contemplados por el artículo 1138, relativo a la teoría del riesgo.

El primer caso, contemplado por el inciso primero del artículo 1137, es aquel en el cual el bien perece. El perecimiento de un bien puede revestir diversas características. En primer lugar, si se tratase de un animal o de un ser vivo de otro género (como por ejemplo un vegetal), su perecimiento coincidirá con su muerte física. En los casos de seres vivos, se entiende claramente cuál es el sentido del perecimiento. Sin embargo, el concepto no es tan claro en el caso de los bienes que no son seres vivos. Un vehículo perecerá, obviamente, cuando se destruya. Nadie dudará que un automóvil habrá perecido en estas circunstancias. Su perecimiento equivaldrá, entonces, a su destrucción total, situación que se produciría, por ejemplo, en el supuesto de que el vehículo se incendie totalmente. Como expresa Eduardo B.

* Felipe Osterling Parodi, Doctor en Derecho y Abogado en ejercicio, socio del Estudio Osterling; profesor de Obligaciones en la Pontificia Universidad Católica del Perú y profesor extraordinario en la Universidad de Lima y en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón. Fue Presidente de la Comisión que tuvo a su cargo el Estudio y Revisión del Código Civil de 1936, que dio origen al Código Civil de 1984. En tal condición fue ponente del Libro VI sobre las Obligaciones. Ha sido Decano de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Ministro de Estado en la cartera de Justicia, Senador y Presidente del Congreso de la República y Decano del Colegio de Abogados de Lima. Miembro de número de la Academia Peruana de Derecho.

** Mario Castillo Freyre, Doctor en Derecho, Abogado en ejercicio, socio del Estudio que lleva su nombre; profesor de Obligaciones y Contratos en la Pontificia Universidad Católica del Perú, en la Universidad Femenina del Sagrado Corazón y en la Universidad de Lima.

Busso¹, la pérdida supone la destrucción total de la cosa, por oposición a los supuestos de destrucción parcial o de deterioro; y agrega que no pueden darse reglas fijas sobre el exacto alcance de cada uno de estos conceptos, por cuanto la solución varía según las circunstancias de cada caso.

Añade Busso que la pérdida total -entendida estrictamente- supone la destrucción integral de la cosa, tanto desde el punto de vista cuantitativo, como del cualitativo; el aniquilamiento de su materia y de las aptitudes que le daban utilidad. Señala que sobre tal base cabría distinguir esa pérdida total de la pérdida parcial -que no alcanza a la totalidad de la cosa- y del deterioro -que no consume su íntegra utilidad-.

En adición a los conceptos enunciados, el mencionado tratadista argentino sostiene que jurídicamente el concepto no puede aplicarse con excesiva rigidez, debiéndose sujetar a la función del contrato y a la finalidad de las partes, adecuándose la pérdida de la cosa a aquella utilidad que los contratantes hayan tenido en cuenta cuando pactaron la obligación que se refería a su entrega.

Debemos señalar, además, que para efectos prácticos, en el Derecho Peruano puede no tener mayor importancia distinguir la destrucción total de la destrucción parcial, ya que el daño parcial del bien, que lo hace inútil para el acreedor, también es supuesto de pérdida.

Se trataría del caso en que no se produce el perecimiento o destrucción total del bien, sino su deterioro, pero aunque no se destruye totalmente sufre un daño parcial que lo hace inútil para el acreedor. Podría entenderse como un ejemplo de esta situación, el que un automóvil sufra un accidente, a consecuencia del cual se destruya toda la parte delantera, inutilizándose el motor y otras piezas fundamentales del vehículo. En este caso, sería posible sostener que no ha habido una destrucción total, y que por lo tanto el bien no habría perecido, pero será igualmente claro que el daño ocasionado al vehículo es de tal magnitud que lo hará totalmente inútil para el acreedor. Esta hipótesis también está prevista, como equivalente a pérdida, por el mismo inciso primero del artículo 1137 del Código Civil.

El inciso segundo del artículo mencionado señala el caso en el cual el bien desaparezca de modo tal que no se tenga noticias de él o, aun teniéndolas, no se pueda recobrar.

De este inciso podemos extraer claramente dos supuestos distintos. El primero es la desaparición del bien, sin que se tenga noticias de él. Vamos a consignar un ejemplo, a nuestro juicio ilustrativo. Si una persona se hubiese obligado a entregar a otra una pelota de playa, y precisamente en la playa -

¹ BUSSO, Eduardo B. Código Civil Anotado, Obligaciones, Tomo IV, Páginas 93 y 94. EDIAR Soc. Anón. Editores. Sucesores de Compañía Argentina de Editores S. R. L., Buenos Aires, 1951.

evidentemente antes de la entrega-, jugando con esa pelota, la misma se introduce en el mar y éste la arrastra, sin posibilidad de recuperación, hasta perderse en el horizonte, se habrá configurado un supuesto en el cual el bien ha desaparecido, sin tenerse idea de dónde puede estar, ya que las corrientes marinas lo pueden haber hecho llegar a cualquier parte.

Busso² precisa que en general debe considerarse perdida la cosa por parte del deudor, cuando por cualquier circunstancia se halle sustraída a sus poderes, en forma que pueda estimarse definitiva. Dice Busso que en la pérdida-destrucción, interesa la extensión material del efecto sobre la substancia de la cosa: pérdida total, pérdida parcial, etc. En la pérdida-extravío (y en general en la pérdida-imposibilidad) lo que interesa es la prolongación del efecto en el tiempo. Según Busso, la calificación de "pérdida total" es reemplazada por la de "pérdida definitiva", asimilando las pérdidas temporarias, en cierta forma, a los deterioros.

Agrega el citado autor argentino que mientras la privación no sea definitiva, la obligación no debe considerarse extinguida, pues se crea simplemente un compás de espera. Señala que esta suspensión sólo será admisible en la medida en que no conspire contra el logro de los fines del contrato, según la intención con que las partes lo hayan celebrado. Y añade que, en general, el retardo en la ejecución importa disminuir la utilidad de la prestación, existiendo en tal forma un paralelismo entre el riesgo de pérdida de la cosa (destrucción de su materia) -en estricto debería hablarse de pérdida de la contraprestación, si la hubiere- y el riesgo de ejecución tardía, que importa una inejecución parcial y puede justificar una liberación correlativa del acreedor, en la medida en que aquel retardo haya modificado el valor de la prestación.

Busso plantea también otro tema digno de atención. En los casos de pérdida por extravío que venimos estudiando, qué pasaría si la cosa perdida reaparece. Los autores franceses enseñan que en este supuesto, la obligación renacería. Sin embargo, esta solución, en principio acertada, requiere, para su aplicación práctica en el Derecho Peruano, de algunas precisiones. En efecto, si ésa fuese la hipótesis, no podríamos sostener similar solución, puesto que en los términos del artículo 1137, el bien se habría perdido, y si las partes ya hubiesen comprobado dicha pérdida, debería entenderse que la obligación se ha extinguido, y para renacer se requeriría que las partes la crearan nuevamente a través de un nuevo contrato-si se tratase de esta fuente de las obligaciones-. Lo contrario equivaldría a condenar a las relaciones jurídicas, en estos casos, a una inestabilidad sumamente peligrosa.

Un ejemplo del segundo supuesto de este mismo inciso segundo del artículo 1137 del Código Civil Peruano, puede ser aquel en el cual un andinista se hubiese obligado frente a otro -compañero de aventuras- a entregarle su reloj, resistente a golpes fuertes y especial para efectuar dicha actividad de alturas y temperaturas extremas. En una excursión, al deudor se le cae el reloj a una grieta de una

² BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Páginas 94 y 95.

profundidad de 50 metros en las alturas de la Cordillera de los Andes. Luego de caído el artefacto, y utilizando largavistas, los andinistas logran ubicar exactamente dónde se encuentra dicho bien. Sin embargo, constatan que, pese a conocer su ubicación, resulta físicamente imposible recuperarlo, por lo agreste de la zona y lo angosto de la grieta donde se encuentra.

Creemos que también ilustrarían el segundo supuesto del inciso segundo bajo comentario, la obligación de dar un barco que luego se ha hundido-como sería el caso del "Titanic"-, o el de una nave antes de haber sido capturada por el enemigo -como sería el caso de nuestro Monitor "Huáscar"- . Si bien es cierto que ninguna de las dos hipótesis anotadas constituye una imposibilidad absoluta, la primera pasaría por realizar una inversión infinitamente grande, en tanto que la segunda podría significar, además, una guerra externa, lo que a todas luces haría desproporcionados los medios para lograr el objetivo deseado.

El inciso tercero del artículo 1137 del Código Civil Peruano establece que se considerará la pérdida de un bien cuando éste quede fuera del comercio. En realidad, los bienes se encuentran fuera del comercio en razón de alguna norma legal que así lo prescriba. Como decía G. Baudry-Lacantinerie en su Tratado de Derecho Civil, la regla general es que una cosa puede ser vendida; la excepción, que ella no puede serlo; por lo que, agregaba, para que la venta de una cosa sea posible, no es necesario que un texto de ley la permita; basta que ninguna ley la prohíba; y que, por consiguiente, sólo trataría de las cosas cuya venta está prohibida, para concluir, por el argumento a contrario, que las otras pueden ser vendidas. Estos mismos argumentos los Podríamos aplicar respecto de los bienes comercializables y no susceptibles de comercialización.

En tal sentido, entendemos como bienes dentro del comercio a aquellos sobre cuya comercialización no recae ninguna restricción legal.

Como Señala Eduardo B. Busso³, a la destrucción total debe equipararse el caso de que la cosa sea puesta fuera del comercio. Advierte que la solución es lógica, pues al sustraerse la cosa al poder de disposición del deudor que ha de entregarla, se configura para él la situación de imposibilidad de cumplimiento.

Supongamos que se trata de cigarrillos, los cuales hoy en día pueden ser perfectamente comercializados. Imaginemos que una persona se ha obligado frente a otra a entregarle dos cajas determinadas de cigarrillos, dentro de dos días. Si así fuese, y al día siguiente de celebrado el contrato, el Gobierno, a través de un Decreto Supremo, prohibiese la venta y comercialización de los cigarrillos, bajo cualquier modalidad, dentro del territorio de la República, será evidente que estos bienes habrán quedado fuera del comercio, razón por la cual, en virtud de lo establecido por el inciso bajo comentario del artículo 1137, debe entenderse que

³ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 94.

dicho bien se ha perdido.

Antes de concluir nuestros comentarios sobre el inciso tercero del artículo 1137 del Código Civil Peruano, debemos señalar que consideramos también comprendido en este inciso al supuesto en el cual un bien sea expropiado. Este perecer es compartido por Busso⁴, quien señala que un antiguo fallo de la Cámara Civil Argentina aplicó el criterio expuesto en un caso donde se demandaba la escrituración de un terreno que antes de ser entregado había sido expropiado e incorporado a la vía pública. Agrega el mencionado tratadista que para que la expropiación configure, con relación al deudor, imposibilidad de cumplimiento, es menester que el expropiante haya iniciado el procedimiento de ocupación, pues no bastaría la simple declaración de "utilidad pública", porque esta última no impediría al deudor la entrega de una cosa. Busso considera, adicionalmente, que si por consecuencia de la expropiación, el deudor obtiene una indemnización o un derecho a ser indemnizado, el acreedor puede exigir que se le entregue aquella indemnización o se le ceda ese derecho. Señala, además, que en general surge la imposibilidad legal cuando la prestación prometida viene a ser prohibida por disposición imperativa posterior a la formación de la obligación, siendo impropio en tales casos hablar de nulidad, ya que se trata de una extinción por ilicitud sobreviniente.

2. ***La teoría del riesgo en las obligaciones de dar bienes ciertos.***

El artículo 1138 del Código Civil Peruano de 1984 contiene las reglas que establecen cuál de las partes de la relación obligacional debe sufrir o correr con el riesgo de la pérdida de la contraprestación, ante la imposibilidad de ejecución de la propia prestación o su deterioro. Debemos reiterar, además, que el ámbito de aplicación general del artículo 1138, al igual que del resto de normas de obligaciones de dar, corresponde a la generalidad de las mismas y no sólo a las obligaciones de dar que impliquen transferir la propiedad de un bien.

Según Señala Giorgio Giorgi⁵, "Se llaman riesgos y peligros en el lenguaje jurídico moderno todos los casos fortuitos que deterioran o destruyen la cosa debida. No lo son las variaciones de valor dependientes de causas económicas o políticas, y aquellos vicios o defectos que el deudor esté, por la índole del contrato o por pacto especial, obligado a garantizar. Y como el género y la cantidad no perecen, apenas se necesita advertir que cuando la cosa, o para hablar más generalmente, la prestación debida, no sea un cuerpo cierto y determinado, o por lo menos, un género y una cantidad limitados de tal modo que equivalgan al cuerpo cierto y determinado, no ha lugar a hablar de riesgos y peligros."

⁴ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 94.

⁵ GIORGI, Giorgio. Teoría de las Obligaciones en el Derecho Moderno, Volumen IV, Página 242. Imprenta de la Revista de Legislación. Madrid, 1909.

Debemos precisar que la teoría del riesgo adquiere relevancia únicamente cuando nos encontramos frente a obligaciones de dar en las cuales la ejecución de la prestación no se realiza inmediata e instantáneamente, como podría ser el caso, por citar un ejemplo, en que se compre un libro y el intercambio de dinero por el libro se efectúe inmediatamente después de celebrado el contrato. Resulta evidente que en este caso carecería de sentido hablar de los riesgos en la ejecución de las prestaciones, ya que ambas se habrían ejecutado de manera inmediata e instantánea. Esta teoría adquiere relevancia, cuando para la ejecución de la prestación deba mediar un lapso -apreciable en el tiempo- desde el momento en que se celebró el contrato o, en general, desde el momento en que tuvo nacimiento la obligación, hasta el momento en que ésta deba ejecutarse. Resulta claro que en este caso, en el intervalo podría ocurrir una pérdida o un deterioro del bien objeto de la prestación. Concordamos con los términos del Doctor Jorge Eugenio Castañeda⁶, cuando señala que la teoría del riesgo aparece en el momento en que pueda haberse perdido, o sufrido deterioros que disminuyan su valor, la cosa debida, en el intervalo transcurrido desde que la obligación es contraída hasta que ella debe ser cumplida, o sea hasta que la cosa debe ser entregada⁷.

Queda claro que el artículo 1138 del Código nacional trata sobre la teoría del riesgo, destinada a verificar cuál de las dos partes en la relación jurídica (el acreedor o el deudor) es quien tiene que sufrir el riesgo por la pérdida de la contraprestación, si la hubiere, y eventualmente indemnizar por daños y perjuicios.

Además, como lo Señala la Doctora Shoschana Zusman Tinman⁸, en un contrato sinalagmático -de prestaciones recíprocas en el Código Civil Peruano de 1984-, extinguida una de las obligaciones a cargo de una de las partes, debe verse qué ocurre con la obligación todavía posible de ejecutarse, la misma que ofrece como contrapartida la obligación extinguida; lo que equivale a analizar si seguirá vigente, por ser aún posible, o si desaparecerá en virtud de la correlatividad de las obligaciones nacidas en un contrato sinalagmático. De esta forma, según precisa la Doctora Zusman, la cuestión de los riesgos, entonces, no se plantea en un contrato unilateral, pues en estos casos existe una única y posible solución, esto es la extinción de la obligación. Así las cosas -señala la mencionada profesora- el problema se torna complejo cuando se produce dentro del contexto de un contrato bilateral, en donde, se sabe, la obligación del deudor queda extinguida, preocupándonos tan solo el destino de la obligación del acreedor de la obligación extinguida y deudor de la suya propia⁹.

⁶ CASTAÑEDA, Jorge Eugenio. Instituciones de Derecho Civil. El Derecho de las Obligaciones, Tomo I, Teoría General de las Obligaciones, Página 113. Lima, 1957.

⁷ El Doctor Manuel de la Puente y Lavalle hace una exposición muy lúcida acerca del tema de la transferencia del riesgo en el Código Civil Peruano. Este es desarrollado en el Volumen I de la Serie "Para Leer el Código Civil", editado en el año 1984 por el Fondo Editorial de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Páginas 177 a 193.

⁸ ZUSMAN TINMAN, Shoschana. La Teoría del Riesgo, En la Revista "Derecho" # 34 de la Pontificia Universidad Católica del Perú, Página 81. Lima, abril de 1980.

⁹ ZUSMAN TINMAN, Shoschana. Op. cit., Páginas 81 a 83.

Creemos, tal como lo expresa el Doctor De la Puente, que debe descartarse en esta materia la aplicación del principio **res perit domino**, vale decir, que la cosa se pierde para su dueño, ya que él es propio de los Derechos Reales y no del Derecho de Obligaciones. La confusión de ideas sobre esta materia tuvo su origen con la elaboración del Código Civil Francés.

Como lo recuerda Laurent¹⁰, Bigot-Préameneu, uno de los redactores del Código Napoleón, deduce el principio de los riesgos del adagio según el cual la cosa perece para su propietario, después de haber dicho que el acreedor se convierte en propietario por el simple consentimiento de los contratantes, sin tradición alguna. Agrega el Tribuno de Gobierno que "Entonces, si la cosa perece por fuerza mayor o por caso fortuito desde el momento en que debió ser entregada, la pérdida es para el acreedor, según la norma **res perit domino**". Jaubert, el informante del Tribunado, se expresa en el mismo sentido: "La obligación de entregar la cosa hace al acreedor propietario desde el momento en que el consentimiento hizo el contrato: de donde resulta que la cosa pereció para él". Larombière es del mismo parecer, sin dudar que el principio de los riesgos deriva de la norma **res perit domino**.

Giorgi¹¹ efectúa un análisis histórico acerca de los orígenes de la regla **res perit domino** y su errónea aplicación a la teoría del riesgo. Señala el mencionado autor italiano que "Razonando sobre los fundamentos racionales de la obligación de prestar los riesgos y peligros, y creyendo interpretar la **L. 9, C. de pigneratitia actione**, numerosos intérpretes pretenden someterlo enteramente al **res perit domino**. Quien tiene la propiedad de una cosa, soporta el riesgo, sea el acreedor, sea el deudor. He ahí la única consideración que prevaleció entre los partidarios de esta escuela. Mas por su desgracia, uno entre los contratos más importantes, el contrato de venta, se revelaba abiertamente contra el principio que ellos establecían como base de la teoría; pues mientras la venta acompañada de tradición, no transfería **iure romano** la propiedad del vendedor, textos clarísimos del Digesto y del Código, ponían los riesgos y peligros de las **res vendita adque nondum tradita** a cargo del comprador. ¿Qué ocurrió por consiguiente? Algunos jurisconsultos de criterio más sutil rompieron una lanza contra esta doctrina que encadenaba el riesgo y peligro a la propiedad; y mostrando sus muchos absurdos e incongruencias, llegaron a esta conclusión: el **res perit domino** es verdadero mientras se trate de regular las relaciones jurídicas entre el propietario de una cosa y el poseedor obligado a restituirla, v. gr., entre depositante y depositario, y es engañoso y falaz en las relaciones entre el antiguo propietario y el nuevo adquirente. De tal forma, esos jurisconsultos repudiaron el **res perit domino**, sustituyéndolo con el **species debita perit creditor**."

¹⁰ LAURENT, François. Principes de Droit Civil Français, Tomo XVII, Páginas 267 a 272. Librairie A. Maresq Ainé, París, 1875-1893.

¹¹ GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen IV, Páginas 243 a 245.

Señala Giorgi que tal conclusión no satisfizo a todos. Muchos, dejándose seducir por la sencillez de una teoría que resolvía la prestación de los riesgos con la propiedad, hicieron eco a las críticas de Puffendorff y Barbeyrac, y se declararon abiertamente contra el Derecho Romano, combatieron los principios que las Pandectas y el Código han consagrado en el contrato de venta, enseñando a relacionar todos los contratos, empezando, precisamente, por la compraventa, con la regla **res perit domino**. Agrega el autor italiano que esta fue la corriente de ideas que prevaleció en la compilación del Código Napoleón e impulsó a los legisladores franceses a formular el artículo 1138. Este artículo que -a decir de Giorgi-, según vemos en el párrafo anterior, después de haber decretado la transmisión de la propiedad por efecto del solo consentimiento, sancionó a la vez que desde ese momento corriese la cosa a riesgo y peligro del acreedor. No es, pues, para extrañarse -dice Giorgi-, si el artículo 1125 del Código Civil Italiano de 1865 repitió la misma disposición; señala, además, que no se pueden admitir las censuras de muchos escritores modernos contra el Derecho Romano, al principio glorioso y luego maltratado, como la nación que lo creó, ni se puede aplaudir el pensamiento de los legisladores modernos, que acaso al dictar los artículos 1138 y 1125 creyeron de buena fe poner el Derecho positivo a la par con la equidad y reducir a una frase sencillísima toda la teoría del riesgo y peligro en los contratos. Giorgi cree erróneo frente a la ciencia el **res perit domino**; viciosa (cualquiera que fuese el pensamiento de los compiladores del Código) la interpretación de los citados artículos 1138 y 1125. Lo cree erróneo, y verdaderamente, pues cuando una cosa perece, el propietario pierde, sin duda, su derecho de propiedad, pero no lo empobrece siempre tal pérdida. Señala Giorgi que ha dicho antes que aun hoy sería lícito un contrato de compraventa con el pacto de que la transmisión de la propiedad no llegase antes de la tradición. Ahora bien -agrega-: dos individuos realizan un pacto de semejante género; uno de ellos se obliga a transferir al otro la propiedad de una cosa determinada en el momento en que haga la tradición efectiva. Esta cosa, por lo demás, perece antes de la consignación en manos del vendedor todavía propietario. Según el adagio **res perit domino**, éste debería sentir el daño de la pérdida. Pero no es Así; la lógica del Derecho y la autoridad de los tratadistas más insignes enseñan que todo el daño es sentido por el comprador, porque será obligado a pagar el precio, aunque no pueda ya conseguir el disfrute de la cosa.

Por otra parte, creemos con Laurent, que decir que la cosa perezca para su propietario, cuando no hace el objeto de ningún contrato, es evidente. La propiedad es un derecho real y todo derecho real se extingue por la pérdida de la cosa en la que se ejerce. Esto no se da del mismo modo cuando la cosa que perece es debida por un deudor y estipulada por el acreedor; la pregunta de saber para quién perece depende entonces de la relación que existe entre el acreedor y el deudor. Señala Laurent que el artículo 1138 del Código Napoleón lo comprueba, luego de haber dicho que la cosa está en los riesgos del acreedor, al agregar que está en los riesgos del deudor si éste se atrasa al entregarla; sin embargo, la demora del deudor no impide que el acreedor sea propietario, donde tenemos entonces un caso en que la cosa no perece para su propietario. Si la cosa perece tanto para el deudor o para el acreedor, aunque el acreedor siempre sea propietario de ella, se

deduce que la cuestión de los riesgos es independiente de la cuestión de propiedad y que se debe decidir por los principios que rijan a las obligaciones.

Siguiendo a Huc¹², Podríamos decir que la pérdida de la cosa debida es un suceso que tiene la característica de ejercer una influencia natural sobre la situación del deudor de esta cosa. Se trata únicamente de saber si liberará o no al deudor. Ahora bien, esta dificultad no tiene ninguna relación, en absoluto, con la interrogante totalmente diferente de saber cuál de las dos partes debe hacerse cargo por los peligros y riesgos en un contrato. Aun cuando efectivamente se decidiera que se libera al deudor, él permanecería todavía para resolver la interrogante del riesgo, la de saber si esta liberación del deudor conlleva a la liberación recíproca del acreedor.

Este tema no debería ofrecer mayores complicaciones. En tal sentido, Giorgi¹³ establece lo siguiente:

"Preguntar cuál de los contratantes debe soportar los riesgos y peligros significa querer saber quién de ellos debe sufrir los deterioros y la pérdida casuales de la cosa debida o bien la imposibilidad, sobrevinida por causas fortuitas, de ejecutar la prestación convenida. En los contratos unilaterales, el daño de esos deterioros, pérdidas e imposibilidad, consiste para el acreedor en perder el crédito sin poder exigir ninguna compensación; y para el deudor, en quedar obligado al cumplimiento del contrato y prestar los daños y perjuicios. Así, puesto que la pérdida casual de la cosa depositada libra al depositario de restituirla sin sujetarle a ninguna reparación del daño, diremos que el riesgo y peligro se sufre por el depositante. Si, por el contrario, el depositario estuviera obligado a responder de los daños y perjuicios, no obstante lo casual de la pérdida, correría el riesgo a cargo del depositario."

Agrega Giorgi que en los contratos sinalagmáticos, la prestación del riesgo atribuida al deudor (**res perit debitori**) significa para él perder la cosa sin poder exigir el cumplimiento de la obligación asumida por el otro contratante en favor suyo. Atribuida al acreedor (**res perit creditor**), quiere decir que, no obstante, la extinción de su derecho a exigir la cosa a él debida, queda obligado a ejecutar o cumplir la obligación que había asumido para obtenerla. Supóngase -dice Giorgi- la compraventa de un objeto cierto y determinado como, por ejemplo, un cuadro, un mueble de lujo, un caballo, una edificación. Si por casualidad ocurre la destrucción casual de la cosa vendida después de la conclusión del contrato, pero antes de la entrega, la prestación del riesgo y peligro, recaerá sobre el comprador cuando éste quede obligado al pago del precio, aunque no pueda pretender nada del vendedor. Por el contrario, si el peligro debe ser sufrido por el vendedor, perderá su derecho al pago del precio.

¹² HUC, Théophile. Commentaire Théorique et Pratique du Code Civil, Tomo VIII, Página 229. Librairie Cotillon, F. Pichon, Successeur, Editeur, París, 1897.

¹³ GIORGI, Giorgio. Op. cit., Volumen IV, Páginas 242 y 243.

En relación al fundamento de la teoría del riesgo, los Mazeaud¹⁴ señalan que se ha querido justificar la carga del riesgo mediante la idea de causa; pero la causa, aunque es un requisito de la formación de los contratos, es ajena a su cumplimiento. En tal sentido, en idea que compartimos, los Mazeaud expresan que es más exacto fundar la atribución del riesgo sobre la interdependencia de las obligaciones que nacen de un contrato sinalagmático -en nuestro Código Civil de 1984 hablaríamos de contrato con prestaciones recíprocas-. Sin embargo, ese fundamento no permite explicar por qué no están sometidos a las mismas reglas, en todos los puntos, el incumplimiento culposo o el incumplimiento por caso fortuito o de fuerza mayor. Los Mazeaud encuentran el fundamento de la teoría del riesgo en la voluntad presunta de las partes, al considerar que éstas han convenido tácitamente que, si una de ellas no puede cumplir con su obligación como resultado de caso fortuito o de fuerza mayor, la otra parte quedará liberada. Para ilustrar su posición ofrecen como ejemplo el hecho de que cuando alguien adquiere una entrada para el teatro, quiere que, si un caso de fuerza mayor -por ejemplo, la enfermedad de un actor- impide al empresario del espectáculo cumplir con su obligación, se le libere de su obligación de pagar el precio de la localidad, ya que aquél podrá hacer que se le reembolse el precio de su entrada.

En este punto debemos precisar que la teoría del riesgo contemplada por el artículo 1138 del Código Civil, sólo es de aplicación para el supuesto de las obligaciones de dar bienes ciertos, ya que, como dice Laurent¹⁵, si la cosa es indeterminada no se puede decir que ésta perece, pues una especie no perece. Por otro lado, se carece de los motivos del principio cuando la cosa sólo está determinada en cuanto a su especie. Como deudor de un cuerpo cierto, el vendedor puede decir que él conservó la cosa con los cuidados de un buen padre de familia. Pero si es deudor de una especie, él no puede decir que conservó la cosa en deuda; no se sabe cuál es esta cosa; sólo se sabrá cuando se le determine, lo que es común durante la tradición; entonces, hasta aquí, la cosa que se propone entregar el deudor debe estar respaldada por él en sus riesgos.

Analizando los diversos principios contenidos en el artículo 1138 del Código Civil Peruano de 1984, diremos que el inciso primero trata acerca del supuesto en el cual el bien se pierda por culpa del deudor.

En este caso la ley considera que:

- (a) La obligación queda resuelta, deduciéndose esto del hecho de que resultará imposible ya ejecutar la prestación.

¹⁴ MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Lecciones de Derecho Civil, Volumen II, Página 364. Ediciones Jurídicas Europa Am?rica, Buenos Aires, 1959.

¹⁵ LAURENT, Fran?ois. Op. cit., Tomo XVI, Página 270.

- (b) El acreedor dejará de estar obligado a ejecutar su contraprestación, en el caso de tratarse de un contrato con prestaciones recíprocas.
- (c) El deudor estará sujeto al pago de una indemnización por los daños y perjuicios que le hubiese causado al acreedor, de ser el caso.

Un ejemplo del supuesto regulado por el inciso primero del artículo 1138 es aquel en el cual una persona se obliga frente a otra a entregarle un automóvil. La noche anterior a su entrega, decide dar una vuelta al barrio conduciendo dicho vehículo, y al hacerlo, sufre un accidente, causado por él mismo, ya que se produjo al haber cruzado una calle sin observar la luz roja del semáforo. Si como consecuencia de dicho accidente el auto se destruye totalmente (perece) o sufre tales daños que lo hagan inútil para el acreedor (lo que también constituye un supuesto de perecimiento), se habrá producido la pérdida del bien, y por lo tanto, serán de aplicación las consecuencias previstas por el inciso primero de este artículo.

En ese caso, el acreedor dejará de estar obligado a pagar la contraprestación que se había comprometido a entregar a cambio del automóvil.

Resulta claro que para el supuesto en el cual el bien se pierda por culpa (concepto dentro del cual se incluye obviamente al dolo) del deudor, la ley ha establecido el principio de que éste sufre la pérdida de la contraprestación y queda sujeto al pago de la indemnización correspondiente.

El segundo párrafo del inciso primero establece algunos principios destinados a que el acreedor vea satisfechos, de la manera más expeditiva, sus derechos. En tal sentido, si el vehículo hubiese estado asegurado y el deudor recibiese por concepto del accidente y del daño ocasionado al vehículo (que en este caso sería un siniestro total) una indemnización, el acreedor podría exigir la entrega de tal indemnización o sustituirse al deudor en la titularidad del derecho contra el tercero, reduciéndose la indemnización de daños y perjuicios en los montos correspondientes.

Si suponemos que la cantidad que el acreedor del vehículo se había comprometido a entregar al deudor como precio era de 16,000 nuevos soles, y el acreedor hubiese sufrido daños y perjuicios generados por concepto de la falta de entrega del bien por parte del deudor, por un monto de 5,000 nuevos soles, dicho acreedor tendría la oportunidad de hacerse cobro de esta última suma del monto que la Compañía de Seguros deba pagar al deudor. En tal sentido, el deudor solamente recibiría por concepto del siniestro la cantidad de 11,000 nuevos soles. Los otros 5,000 nuevos soles corresponderían al acreedor.

Dicho segundo párrafo del inciso primero también podría referirse al caso en que exista concurrencia de culpas entre el deudor y un tercero, lo que significa que el acreedor podría exigir directamente la indemnización al tercero que contribuyó a causar el daño.

El inciso segundo del artículo 1138 contempla el caso en el cual el bien se deteriore por culpa del deudor. Como anota Eduardo B. Busso¹⁶, la determinación en cada supuesto particular de si ha habido pérdidas -en los términos de nuestro artículo 1137- o simplemente deterioro de la cosa, es una cuestión de hecho sobre la que no conviene generalizar en abstracto, sino atenerse a las circunstancias del caso, teniendo el deudor que proporcionar la prueba de esas circunstancias, según los principios generales vigentes al respecto. Agrega este autor que, si la cosa se hallase deteriorada en el momento de la entrega y el acreedor pretendiera que no lo estaba cuando la obligación se convino, incumbe al deudor la prueba de que el deterioro ya existía y que el acreedor lo tuvo en cuenta al contratar.

En el caso del artículo 1138, inciso segundo, se otorga al acreedor una opción entre:

- (a) Resolver la obligación; o
- (b) Recibir el bien en el estado en que se encuentre y exigir la reducción de la contraprestación, si la hubiere.

En ambos supuestos, será procedente una indemnización de daños y perjuicios, si éstos se hubiesen producido en detrimento del acreedor.

Concordamos con el parecer de Busso¹⁷ cuando sostiene que no cabe incluir dentro del concepto de deterioro al demérito que por desvalorización puede sufrir la cosa adeudada, ya que la doctrina enseña que sólo el deterioro en la materialidad física da derecho a exigir la disminución del precio.

Añade este autor que si bien los conceptos de deterioro y pérdida parcial no son sinónimos, ambos pueden equipararse, desde un punto de vista práctico, en cuanto a los efectos legales. Sin embargo, nosotros no concordamos con esta opinión, ya que para la ley peruana (artículo 1137, inciso primero), se considera perdido un bien cuando sufre un daño parcial que lo hace inútil para el acreedor. En tal sentido, según el Código Civil Peruano, el deterioro, para no llegar a configurar un supuesto de pérdida, deberá ser un daño menor que no haga inútil el bien para el acreedor, pues de lo contrario estaríamos frente a un supuesto equivalente al de pérdida que acabamos de recordar.

Sin embargo, por lo dicho no se entienda que sostenemos que el más mínimo deterioro puede dar lugar a la opción planteada por el inciso segundo del artículo 1138 del Código Nacional, en el sentido de poder resolver la obligación. El deterioro debe ser, por lo menos, apreciable, ya que si el bien se hubiese deteriorado en lo que podría denominarse como "casi nada", no debería haber lugar

¹⁶ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 125.

¹⁷ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 126.

a la posibilidad de resolver el contrato, pues ello constituiría un abuso del derecho del acreedor. En cambio sí asumimos las palabras de Busso, cuando señala que el adquirente de la cosa sólo podrá ejercer la opción conferida, cuando sea razonable afirmar que si la cosa hubiera estado deteriorada al tiempo del contrato, no la hubiera adquirido, o no hubiera pagado por ella el precio contractualmente fijado.

También resulta importante recordar lo Señalado por este autor¹⁸, en el sentido de que el deudor de la cosa cumple la obligación entregando la cosa prometida, sin que importe que su valor sea mayor o menor al que tuvo al tiempo de contraerse la obligación. Si la ley entrara a autorizar una modificación por alteración de valor, quedaría trastornado todo el régimen económico en que descansa la organización social. No interesan, pues, las fluctuaciones de valor que resultan de la ley de la oferta y la demanda, ni las que derivan de las molestias de vecindad que antes pudieran no haber existido, salvo los casos de excesiva onerosidad de la prestación previstos por los artículos 1440 al 1446 del Código Civil, los cuales exigen la concurrencia de eventos extraordinarios e imprevisibles para solicitar la reducción o el aumento de la contraprestación.

Cabe resaltar que el inciso segundo del artículo 1138 del Código, también otorga al acreedor los derechos a percibir la indemnización por los daños y perjuicios sufridos, del monto que el deudor del bien recibiese como indemnización por concepto del contrato de seguro concertado con alguna Compañía de este ramo, o, de estar frente al supuesto, de exigir la reparación a un tercero que hubiera contribuido con la culpa del deudor a ocasionar la pérdida del bien.

De todo lo señalado hasta este punto, resulta evidente que en el inciso segundo del artículo 1138 también se ha adoptado el principio por el cual el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufrirá el deudor.

Por otra parte, el inciso tercero del artículo 1138 del Código Civil Peruano regula un supuesto distinto: aquél en el cual el bien se pierde por culpa (evidentemente también se incluye al dolo) del acreedor. En este caso, resultará evidente que el riesgo de pérdida de la contraprestación debe ser asumido por el acreedor, ya que obedecería a su actuar culposo (o doloso) que la prestación se hubiera perdido (comprendiendo dentro de la pérdida a cualquiera de los supuestos establecidos por el artículo 1137).

Para el referido inciso tercero, la consecuencia de dicha pérdida será que la obligación del deudor quede resuelta, conservando el deudor el derecho a recibir por parte del acreedor culpable de la pérdida, el pago de la correspondiente contraprestación (en caso de ser un contrato de prestaciones recíprocas).

Adicionalmente, este inciso prescribe que si el deudor obtuviese algún beneficio con la resolución de su obligación, su valor reduce la contraprestación a

¹⁸ BUSSO, Eduardo B. Op. cit., Tomo IV, Página 126.

cargo del acreedor. El propósito de esta norma es que, si bien la obligación ha resultado imposible por culpa del acreedor, dicha imposibilidad no beneficie al deudor más allá de lo que representaba el valor del bien.

Para ilustrar lo Señalado, supongamos que el acreedor del automóvil estaba obligado a pagar la cantidad de 16,000 nuevos soles por el vehículo. Si por efectos de la destrucción del bien por culpa del acreedor, el deudor recibiese una indemnización de la Compañía de Seguros equivalente a 16,000 nuevos soles que debía haber pagado el acreedor, de acuerdo con lo señalado por la última parte del inciso tercero, el acreedor ya no deberá pagar nada al deudor, pues la indemnización de la Compañía de Seguros cubre el íntegro del valor de la prestación que aquél tenía que ejecutar en su favor. La ley considera que si el acreedor siguiese obligado a pagar dicha cantidad de dinero, el deudor estaría resultando doblemente (por lo tanto injustamente) beneficiado. Lo propio ocurriría respecto del monto de una hipotética indemnización de daños y perjuicios que el acreedor tuviera que pagar en favor del deudor. Si el monto de lo pagado por concepto del seguro cubre también dicho monto, no tendría que pagar suma alguna.

Pero la Compañía de Seguros -y mucho dependerá esto de las cláusulas generales de contratación pactadas en el contrato- cobrará al acreedor. Está claro que la aseguradora no soportará finalmente dicho egreso ocasionado por la pérdida.

Por otra parte, el inciso cuarto del artículo 1138 contempla el supuesto en que el bien se deteriore por culpa del acreedor, caso en el cual éste tendrá la obligación de recibirlo en el estado en que se halle, sin reducción alguna de la contraprestación, si la hubiere. Solución lógica y justa, sin duda.

El inciso quinto del artículo 1138 contempla el supuesto de pérdida del bien sin culpa de las partes (acreedor ni deudor). Para este caso, la ley pudo optar entre cualquiera de los siguientes tres principios:

- (a) El riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el deudor;
- (b) El riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el acreedor; o,
- (c) El riesgo de pérdida de la contraprestación lo asumen, por igual, acreedor y deudor.

En el primer caso, si el bien se perdiese, el deudor no recibiría nada, puesto que el acreedor no estaría ya obligado a la ejecución de la contraprestación.

En el segundo caso, el acreedor, a pesar de no recibir nada, estaría obligado al pago del íntegro de su contraprestación.

En el tercer caso, el acreedor, si bien no tendría que pagar el íntegro de su

contraprestación, sí debería sufragar la mitad de la misma o de su valor. En este sentido se entendería que ambas partes asumirían el riesgo de la pérdida.

Reconociendo que ninguno de los principios mencionados constituye uno de justicia absoluta, y que más bien este problema se resuelve con una norma legislativa, el Código Civil Peruano de 1984 ha optado por el primero de ellos, vale decir, por aquel que sostiene que en caso de pérdida del bien sin culpa de las partes, el riesgo de pérdida de la contraprestación lo sufre el deudor.

Como expresan los Mazeaud, el aniquilamiento de la obligación del acreedor, consecuencia de la teoría del riesgo, no es sino la aplicación del mismo contrato, el llevar a la práctica la voluntad de las partes; el acreedor podrá oponerla, pues, al deudor sin acudir a los tribunales: el incumplimiento de la obligación, cuando sea debido a la fuerza mayor, produce de pleno derecho la desaparición de la obligación correlativa.

Debe señalarse, en este punto, que la regla contenida en el inciso quinto del artículo 1138 del Código Civil Peruano, por basarse -siguiendo la teoría de los Mazeaud expuesta anteriormente- sobre la interpretación de la voluntad presunta de las partes, es meramente dispositiva, pudiendo de esta forma excluirla los contratantes, si así lo prefieren, a fin de colocar el riesgo con cargo al acreedor, decidiendo que éste se hallará sujeto a cumplir con su propia obligación, aunque un caso fortuito o de fuerza mayor le impida a la otra parte cumplir con la suya, o, incluso, compartiendo los riesgos entre acreedor y deudor.

Si el bien objeto de la prestación de dar se pierde sin culpa de las partes, a decir de los Mazeaud, las dos obligaciones se encuentran "destruidas retroactivamente", y sucede algo Así como "si el contrato no se hubiese celebrado", produciéndose un efecto similar al de la resolución judicial, una vez que ésta es pronunciada por los tribunales¹⁹.

Siguiendo con nuestro análisis del inciso quinto del artículo 1138 del Código Civil Peruano, vamos a utilizar dos ejemplos para ilustrar el principio en él contenido:

- (a) Un deudor debe a su acreedor un automóvil, por el cual le va a pagar este último la cantidad de 16,000 nuevos soles. Si antes de la entrega el bien se pierde por un acto en el cual no hubiese mediado culpa alguna de los contratantes (por ejemplo, un atentado terrorista), el deudor sufrirá la pérdida de dicho bien, en el sentido que su obligación queda resuelta y el acreedor nada le va a pagar.

Pero aquí queremos plantear un problema que complica aún más este punto. Y es el de la transferencia de propiedad.

¹⁹ MAZEAUD, Henri, Léon y Jean. Op. cit., Página 368.

En este ejemplo, por ser un bien mueble el objeto de la prestación del deudor, será éste quien haya sufrido la pérdida del bien, no en su calidad de deudor, sino en calidad de propietario del mismo (ya que en virtud del artículo 947 del Código Civil, la propiedad mueble se transfiere con la entrega del bien), y además, sufrirá la pérdida de la contraprestación, ya que el acreedor no le pagará nada.

- (b) Si, tomando en cuenta la misma estructura del ejemplo anterior, el objeto de la prestación del deudor de bien cierto no fuera un automóvil, sino una casa, y dicha casa igualmente se destruyese (esta vez, por un terremoto), la pérdida como dueño, no la soportaría el deudor, sino el acreedor, pues, aunque no le ha sido todavía entregado el bien, ya es propietario del mismo, debido a que el artículo 949 del Código Civil establece que la propiedad inmueble se transfiere con la sola obligación de enajenar. Pero en este caso, el riesgo de la contraprestación, de acuerdo al principio contenido en el inciso quinto del artículo 1138 del Código Civil, lo asumiría el deudor, al no recibir nada a cambio por parte del acreedor.

Resulta pertinente, en tal sentido, recordar la opinión de Laurent²⁰, cuando establece que la confusión que existe en la ley dio lugar a una controversia de la cual falta decir una palabra, porque ésta pone en evidencia los principios. Señala Laurent que si en un contrato de venta se estipula que el vendedor permanecerá propietario hasta la traslación o hasta el pago del precio, ¿correrá el comprador con los riesgos? Dice Laurent que si se admite la explicación que ha dado del artículo 1138 del Código Napoleón, no hay ninguna duda; poco importa quién es el propietario, si el comprador respalda los riesgos no lo hace como propietario, lo hace como acreedor; por otro lado, en la especie la venta es perfecta a pesar del aplazamiento de la traslación de la propiedad; entonces, el vendedor está obligado a conservar, y el comprador a pagar; si la cosa perece el vendedor es liberado, mientras que el comprador no lo es; es decir, que él corre con los riesgos. La hipótesis en la que razona Laurent es precisamente -dice- la del antiguo Derecho; por ello, considera que se debe decidir conforme a los antiguos principios: **res perit creditor**. En la opinión contraria, se remite al artículo 1138 del Código Napoleón y se señala que el acreedor corre con los riesgos de la cosa, quien se vuelve propietario de ésta; entonces se dice que él no respalda los riesgos de ésta en tanto que sólo es su acreedor. Añade Laurent que ha respondido anticipadamente al argumento, con la teoría de los riesgos; pero agrega que aún se hace otra objeción: se dice que en los contratos condicionales, los riesgos son para el deudor, aun cuando el acreedor sea propietario condicional; con mayor razón el deudor debe sufrir los riesgos cuando él seguía siendo propietario. Laurent responde que si en los contratos condicionales el deudor corre con los riesgos, es por la aplicación del principio **res perit domino**: la venta adicional no existe en la teoría del Código Napoleón, entonces se debe decir que la cosa vendida perece para el propietario, mientras que en nuestra especie haya venta, puesto que el principio de los riesgos debe tener su aplicación.

²⁰ LAURENT, François. Op. cit., Tomo XVI, Página 272.

Por nuestra parte, y a estas alturas de nuestros comentarios, debemos decir que, para un lector acucioso, ya habrá saltado a la vista el hecho de que en este caso, el acreedor no deberá pagar nada, pero el bien era ya suyo al momento en que se destruyó sin culpa de las partes.

Esta situación no tendría la más mínima trascendencia si el bien se hubiese destruido en su totalidad.

Si el bien inmueble hubiese sido no una casa sino una aeronave, y se hubiese quemado íntegramente, no quedará nada de ella, y por lo tanto quien hubiese sido su dueño no podrá obtener la más mínima utilidad de los restos del avión.

Sin embargo, al tratarse de una casa, será evidente que el terreno de la misma quedará subsistente (ya que el terreno no se habrá perdido). En este caso vamos a tener un problema jurídico que será necesario intentar resolver.

Nos explicamos:

De acuerdo con las normas relativas a la transferencia de propiedad, el acreedor de la casa es el propietario del terreno, y habría adquirido la propiedad del mismo a cambio de nada (lo que resultaría injusto). Pero en virtud de la segunda parte del inciso quinto del artículo 1138, se establece que en este caso corresponderán al deudor los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien.

Si hacemos una interpretación de equidad respecto de la norma citada, podríamos llegar a la conclusión de que debería entenderse por "derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien", en este caso, al derecho de propiedad sobre el terreno, y, por lo tanto, para este supuesto primaría esta norma sobre aquella que prescribe el modo de la transferencia de la propiedad inmueble, la misma que ya habría operado y por tanto haría que el bien perteneciera al acreedor desde el momento inmediato posterior al del nacimiento de la obligación.

Pero no debe descartarse otra interpretación de la misma, en el sentido de que, al referirse a los derechos y acciones que hubiesen quedado relativos al bien, se está aludiendo a alguna hipotética indemnización por concepto de seguros. De optarse por este camino -sostenible, por cierto- tendríamos un serio problema de equidad en la aplicación de la norma del artículo 1138, inciso quinto.

Por otra parte, diremos que la solución planteada por el inciso sexto del artículo 1138 al tema del deterioro del bien sin culpa de las partes, recoge el mismo principio que el inciso anterior, en el sentido de que es el deudor quien asume el riesgo de la contraprestación como consecuencia de dicho deterioro.

En estos casos, la ley prescribe que se deberá efectuar una reducción proporcional de la contraprestación; correspondiendo, igualmente, al deudor, los derechos y acciones que pueda originar el deterioro del bien. Esta última frase repite los términos de la parte final del inciso quinto de este mismo artículo, y nótese que en este caso, si se tratara de una obligación de dar que implicase la transferencia de propiedad, y además se tratase de un bien inmueble, deberíamos descartar la primera de las interpretaciones esgrimidas por nosotros cuando analizamos el rubro (b) del inciso anterior, pues en este caso, la propiedad se transferirá de todas maneras, y, por lo tanto, no estará en discusión cuál de las partes deberá quedarse con la misma.

3. ***Presunción de pérdida o deterioro de un bien cierto.***

La presunción establecida en el artículo 1139 del Código Civil Peruano, resulta una **iuris tantum** ("Se presume que la pérdida o deterioro del bien en posesión del deudor es por culpa suya, salvo prueba en contrario.").

El sentido de la norma es adecuado, ya que si la pérdida del bien se produce antes de la entrega, resultará que estaba en posesión del deudor, y será este deudor, por tanto, quien se encuentre en contacto directo con el bien, razón por la cual será consciente de las razones que llevaron a su pérdida o deterioro; razones que, no está demás decirlo, en la mayoría de los casos serán absolutamente desconocidas por el acreedor.

Por este motivo nos parece justo que el Código Civil haya establecido la presunción de que dicha pérdida o deterioro se deba a culpa del deudor. Naturalmente que el deudor, si la pérdida o deterioro no se hubiese producido por su culpa, tendrá la oportunidad de efectuar los descargos correspondientes, demostrando que actuó con la diligencia ordinaria, o que la pérdida o deterioro se debió a caso fortuito, fuerza mayor o, incluso, a culpa del acreedor; todo ello, por admitir prueba en contrario la presunción de este numeral.

Esta norma, por lo demás, es coherente con el artículo 1329 del Código Civil ("Se presume que la inejecución de la obligación, o su cumplimiento parcial, tardío o defectuoso, obedece a culpa leve del deudor.").

4. ***Pago del valor de bien cierto en caso de que la obligación provenga de delito o falta.***

Como sabemos, las dos grandes fuentes de las obligaciones son la voluntad y la ley.

En el caso de la ley, existen disposiciones en el campo civil que impiden efectuar determinados actos, y algunas otras, en el campo penal, que sancionan la comisión de dichos actos por constituir delitos o faltas.

Concretamente nos estamos refiriendo a los delitos y faltas contra el patrimonio comprendidos en el Libro Segundo, Título V, del Código Penal, y Libro Tercero, Título III, del mismo Código, respectivamente.

Vamos a citar un ejemplo. En un caso de robo, contemplado en el artículo 188 del Código Penal, vale decir, en el cual una persona se apodera ilegítimamente de un bien mueble total o parcialmente ajeno, para aprovecharse de él, sustrayéndolo del lugar en que se encuentra, empleando violencia contra la persona o amenazándola con un peligro inminente para su vida o integridad física, además de la penalidad establecida en dicha norma (pena privativa de la libertad no menor

de seis ni mayor de diez años), el sujeto activo del delito tiene la obligación de devolver el bien, y resulta obvio que dicha obligación surgió desde el momento en que lo robó. Es evidente que quien hubiese robado un bien está obligado a devolverlo.

Supongamos que el objeto robado sea un televisor. Supongamos también que la policía apresa al ladrón, y en su guarida no hallan dicho bien, porque el delincuente lo había escondido en otro lugar con la finalidad de evadir su ubicación. Pero ocurre que mientras el delincuente ha sido apresado y procesado, otro delincuente sustrae dicho bien del lugar donde estaba escondido y se lo lleva a un lugar desconocido. En este caso, cuando el primer delincuente confiese el lugar donde tenía escondido el fruto de sus malas acciones, la policía no lo podrá encontrar, y el primer delincuente realmente desconocerá su paradero. Por ello, sobre la base de lo prescrito por la primera parte del inciso segundo del artículo 1137 del Código Civil, se considerará que el bien se ha perdido, por haber desaparecido de modo que no se tenga noticias de él.

En este caso no se aplican las normas del inciso quinto del artículo 1138, pues ha mediado un delito (Podría haber mediado también una falta). Por ello, la obligación del deudor (el ladrón) no queda resuelta, sino que éste estará de todas maneras obligado, no a devolver el bien, pues le será imposible hacerlo, sino a devolver el valor del mismo.

La única excepción planteada por el artículo bajo comentario es el caso en el cual el acreedor hubiese sido constituido en mora por el deudor que ha cometido la falta o delito.

Lima, marzo del 2000.